

Distr.
GENERAL

E/CN.4/Sub.2/2005/15
27 June 2005

ARABIC
Original: ENGLISH

المجلس الاقتصادي والاجتماعي



لجنة حقوق الإنسان

اللجنة الفرعية لتعزيز وحماية حقوق الإنسان

الدورة السابعة والخمسون

البند ٣ من جدول الأعمال المؤقت

إقامة العدل وسيادة القانون والديمقراطية

ورقة عمل أعدتها فرانسواز هامبسون عن أعمال القوانين المحلية

للحق في الحصول على سبيل انتصاف فعال

موجز

تشرح ورقة العمل نطاق الحق في موجز الانتصاف الفعال وسبب الأهمية الكبيرة لهذا الحق بالتحديد. كما تكشف بإيجاز، مضمون هذا الحق والمجالات التي تشهد صعوبات. كما تقترح تدابير عملية يمكن أن تتخذها المنظمات غير الحكومية وهيئات حقوق الإنسان للنظر بطريقة أكثر منهجية في الحق في الانتصاف. وتدعو الخلاصة اللجنة الفرعية إلى النظر في ما إذا كانت ترغب في طلب موافقتها بورقة عمل موسعة عن الفقه القانوني لهيئات حقوق الإنسان فيما يتعلق بهذه المسألة.

المحتويات

الصفحة	الفقرات	
٣	١ - ٢	مقدمة
٣	٣ - ٥	أولاً - النطاق
٣	٦ - ١٠	ثانياً - وظيفة الحق في الانتصاف المحلي الفعال
٤	١١ - ١٨	ثالثاً - مضمون الحق في الانتصاف الفعال
٦	١٩ - ٢١	رابعاً - تحديد أسباب عدم توفير سبل انتصاف محلية
٦	٢٢ - ٢٤	خامساً - صعوبات محددة في حالات الأزمات
٧	٢٥ - ٢٧	سادساً - الخلاصة

مقدمة

- ١ - طلبت اللجنة الفرعية، في مقررها ١١٩/٢٠٠٤، إلى السيدة فرانسواز هامبسون أن تعد ورقة عمل عن أعمال القوانين المحلية للحق في الانتصاف الفعال في المسائل المدنية من انتهاك وكلاء الدولة لحقوق الإنسان.
- ٢ - وكانت الفكرة الكامنة وراء الاقتراح هي دراسة مسألة أعمال الحق في الانتصاف الفعال، والطرق التي يمكن بها لهيئات حقوق الإنسان أن تتناول ذلك على نحو أكثر منهجية.

أولاً - النطاق

- ٣ - لا تتناول ورقة العمل هذه المسألة الهامة المتمثلة في التعهد بتنفيذ الالتزامات المتصلة بحقوق الإنسان من أجل منع انتهاك قانون حقوق الإنسان. وعموماً، تركز هيئات معاهدات حقوق الإنسان والإجراءات الخاصة على التنفيذ، بما في ذلك إنفاذ الأحكام التشريعية المحلية، واللوائح، والسياسات العامة، والممارسات ومدونات السلوك والانضباط^(١).
- ٤ - وعندما يقع انتهاك لقانون حقوق الإنسان، فإن ذلك قد يشير إلى التنفيذ غير الوافي إلا أن الأمر ليس كذلك بالضرورة. فانتهاكات قانون حقوق الإنسان تحدث حتى في أكثر المجتمعات تنظيماً. وبالإضافة إلى التنفيذ غير الوافي، تتضمن الأسباب الأخرى الإجراءات التي يتخذها أفراد من موظفي الدولة انتهاكاً لتدابير التنفيذ، وتفسير نطاق حق من الحقوق على المستوى المحلي بصورة أضيق من تفسيره على المستوى الدولي.
- ٥ - وأول ما يحدث هو وقوع فعل أو إغفال على المستوى المحلي. وتنشأ عن ذلك الفعل أو الإغفال قضية مستقلة في مجال حقوق إنسان عندما يتضمن مسألة تتعلق بهذه الحقوق: الحق في الحصول على سبيل انتصاف فعال. وسوف يشار إلى الفعل الأساسي أو الإغفال على أنهما الفعل الرئيسي. وقد يقوم بارتكاب الفعل أحد وكلاء الدولة، فيعد في هذه الحالة انتهاكاً لقانون حقوق الإنسان. وبدلاً من ذلك، يمكن أن يقوم بارتكابه شخص ليس من وكلاء الدولة، فلا يشكل في هذه الحالة انتهاكاً لقانون حقوق الإنسان إلا إذا كانت الدولة ملزمة، في هذه الظروف، بحماية الضحية من هذا الفعل أو الإغفال^(٢). وفي كلتا الحالتين، يقتضي قانون حقوق الإنسان توفير سبيل انتصاف فعال^(٣). وسوف يشار إلى ذلك على أنه الفعل الثانوي. ولا يعني ذلك ضمناً أن الحق في الانتصاف الفعال يقل أهمية، على سبيل المثال، في كونه حقاً من حقوق الإنسان، عن منع التعذيب أو الحق في محاكمة حسب الأصول. فهو ثانوي فقط. بمعنى أن قابليته للتطبيق تستوجب وقوع الفعل الرئيسي أو الإغفال.

ثانياً - وظيفة الحق في الانتصاف المحلي الفعّال

- ٦ - إن الانتصاف المحلي الفعال بشكل كامل يشمل إنزال العقوبة المناسبة بالجاني، وحصول الضحية على وسيلة انتصاف مدنية ملائمة، وآلية محلية لدراسة تأثيرات مثل هذه الأحداث من أجل محاولة ضمان عدم تكرارها، وإجراء وتنفيذ أي تعديلات قد يلزم إدخالها في القوانين، واللوائح، والسياسات العامة، والممارسات والمدونات المحلية^(٤). وكما أشير إليه في الفقرة ٤، فإن ذلك لا يضمن أنه لن ترتكب انتهاكات لحقوق الإنسان. بيد أن وجود سبل انتصاف فعالة، كما جرى تعريفها، قد يكون له أثر رادع كبير. وسيعالج أيضاً التنفيذ غير الوافي والأفعال الإجرامية الفردية على حد

سواء، وإن كان ذلك بعد وقوع الفعل. وعندئذ سيكون موضوع الحالات الفردية المثارة على المستوى الدولي هو بصورة رئيسية الحالات التي يختلف فيها التعريف المحلي لنطاق هذا الحق عن تعريفه على المستوى الدولي.

٧- وعلى النقيض من ذلك، فإن عدم فعالية سبل الانتصاف المحلية سوف يستوجب تمحيصاً دولياً في الفعل الرئيسي ومعالجته على المستوى المحلي. وبالإضافة إلى ذلك، فإن عدم توفر سبل انتصاف محلية فعالة قد يؤدي إلى إضفاء الطابع المؤسسي على الانتهاك المعني ويسهم في خلق مناخ ميسر للإفلات من العقاب بحكم الأمر الواقع^(٥). وسوف يقود ذلك إلى المزيد من الشكاوى على المستوى الدولي، وقد يؤدي إلى قيام مجموعات متزايدة من الأشخاص بارتكاب انتهاكات بالغة الخطورة.

٨- وبمعنى آخر، فإن الدولة التي ترغب في خفض عدد ونطاق المسائل التي تنظر فيها الآليات الدولية لحقوق الإنسان يمكنها بلوغ هذه الغاية من خلال توفير سبل انتصاف محلية فعالة.

٩- وتُعد الآليات الدولية لحقوق الإنسان أداة ثانوية. وتقع المسؤولية الأساسية على عاتق الدولة^(٦). إلا أنه، حيثما تحقق الدولة في توفير سبل انتصاف فعالة، تقوم الآليات الدولية^(٧) بدور المحكمة الابتدائية. والآليات الدولية لا تنقصها القدرة على الاضطلاع بذلك الدور فحسب، بل إنه لا يُعقل أن تتمكن من أدائه بالنسبة لجميع الدول.

١٠- ولذلك السبب، من الجوهر أن تعمل هيئات حقوق الإنسان على أن تقوم، في أول فرصة ممكنة، بدور مساعد حقيقي في التمحيص على المستوى المحلي. ولكي يتحقق ذلك، قد يكون من الضروري أن تصبح هذه الهيئات بصورة رئيسية آليات يُلجأ إليها في المقام الأول. وعند اضطلاعها بمسؤولياتها، من الجوهر ألا تكتفي فقط بمعالجة مسائل التنفيذ على المستوى المحلي، بل أيضاً الأسباب التي حالت دون تصحيح الوضع على المستوى المحلي. كما أن تحديدها الدقيق للأخطاء التي وقعت ولما يجب تصحيحه، هو الشيء الوحيد الذي يجعلها تأمل، على المدى الطويل، في خفض معدلات ونطاق التمحيص الدولي. وهذا التمحيص لا يُعد مشروعاً فقط بل هو ضروري أيضاً إذا أريد دراسة الحق في الانتصاف.

ثالثاً - مضمون الحق في الانتصاف الفعال^(٨)

١١- الحق في الحصول على سبل انتصاف يحتاج إلى أن يُدرس في الحالات الفردية وأيضاً عند ممارسة وظيفة الرصد العام التي تضطلع بها هيئات المعاهدات على وجه الخصوص^(٩). وفي حالة الإجراءات الخاصة المواضيعية، يمكن للمقررین الخاصين دراسة هذه المسألة في سياق ولاياتهم^(١٠). وثمة بُعد إيجابي لكل واحد من حقوق الإنسان^(١١). وبمعنى آخر، فإن الدولة ليست ملزمة فقط بعدم انتهاك الحق المعني بل ملزمة بحماية الحقوق التي تدخل في نطاق ولايتها القضائية من التعرض للانتهاك. وذلك لا يتطلب إجراءات وقائية فحسب بل أيضاً توفير سبل الانتصاف عند انتهاك ذلك الحق.

١٢- وفي حالة تلك الآليات التي تنص على حق الالتماس الفردي، يجب على مقدمي طلبات الالتماس إثبات أنهم قد استنفدوا سبل الانتصاف المحلية. وسوف تقدم محاولة الإثبات أدلة قيمة فيما يتعلق بفعالية عمل نظام الانتصاف المحلي.

١٣- وفي حالات أخرى، لن يكون من السهل دائماً التعرف على سبب إخفاق النظام المحلي في توفير سبل الانتصاف. وتلعب المنظمات غير الحكومية دوراً حاسماً في تقديم معلومات تتعلق بعمل نظام الانتصاف المحلي في الممارسة الفعلية^(١٢).

١٤- والمشاكل التي يحتمل وقوعها تتضمن عدم ملائمة القانون المحلي، وأوجه القصور في التحقيق، وعملية المقاضاة، والحكم القضائي.

١٥- ويكون من السهل نسبياً أن تحدد الهيئة المعنية بحقوق الإنسان ما إذا كان القانون المحلي يوفر الحماية الملائمة للحق المعني. ويُعد ذلك جزءاً من الالتزام بالتنفيذ.

١٦- إن وصف تحقيق أنه غير واف ليس كافياً لتقرير أنه لم يكن وافياً. فمن الضروري أيضاً تحديد الأسباب الدقيقة التي جعلت التحقيق غير وافٍ (نحو عدم تسجيل ما وقع في مسرح الأحداث بصورة سليمة، وعدم استخدام أدوات التحقيق الجنائي^(١٣))، وعدم البحث عن شهود، والتقصير في اتخاذ إجراءات بناء على شهادة الشهود، وعدم تشريح الجثث لمعرفة أسباب الوفاة أو تشريحها بطريقة غير سليمة، وعدم موثوقية المعلومات المسجلة عن الأحداث والتحريات التي أُجريت بشأنها، والافتراضات المتعلقة بطبيعة مرتكب الجريمة، وحصر نطاق التحقيق). ومن الضروري بعد ذلك محاولة معرفة الأسباب التي يُعزى إليها الإخفاق (نحو التدريب غير الملائم، والموارد غير الكافية، والمحاباة، أو ممارسة الضغوط السياسية). وتنشأ صعوبات خاصة في الحالات التي يُدعى فيها أن الفعل الرئيسي قد ارتكبه وكلاء الدولة، ولا سيما عندما يتعلق الأمر برجال الشرطة أو قوات الأمن. والهيئة المسؤولة عن إجراء التحقيق قد تلتزم المساعدة من نفس القوات التي يجري التحقيق معها، مما ينال من استقلالية التحقيق^(١٤).

١٧- والسؤال الأول الذي يُطرح عندما يكون التحقيق غير وافٍ، هو ما إذا كان المدّعي قد بذل كل ما في وسعه لمعالجة ذلك. وعندما يكون التحقيق سريعاً وشاملاً ويثبت وجود دعوى ظاهرة الوجهة ضد شخص معين، فإن أي إخفاق في مقاضاة ذلك الشخص تعني فشل المدّعي. ومرة أخرى، من الضروري محاولة تحديد السبب الذي أدى إلى ذلك. وقد يكون السبب هو قصور التدريب، أو المحاباة، أو الضغوط السياسية. وعندما يسعى شخص يدعي أنه ضحية إلى تقديم دعوى مدنية تتعلق بفعل يُعد جريمة، فإن إخفاق المدّعي في إقامة دعوى جنائية قد تنشأ عنه صعوبات، ولا سيما عندما يخلص المدّعي إلى عدم كفاية الأدلة التي تثبت وقوع الضرر. ومثل هذا القرار قد يعصف بأي أمل في نجاح الدعوى المدنية. وعندما يؤدي التحقيق غير الوافي أو القصور من جانب السلطة المعنية بالإدعاء إلى الزعم بعدم وجود أدلة على الجريمة المرتكبة، فذلك قد يمنع بالفعل إقامة الدعوى الجنائية والمدنية على حد سواء.

١٨- وعندما يكون الفعل الرئيسي إجرامي الطابع، فإنه من المحتمل في غالبية حالات الحرمان من سبل الانتصاف الفعالة أن تنشأ المشكلة إما بسبب التحقيق أو القصور في مرحلة الإدعاء. وفي هذه الحالة لن تُعرض القضية مطلقاً أمام محكمة. وعندما تنشأ صعوبات في المرحلة القضائية يمكن أن تُعزى إلى القانون المحلي، أو عدم توجيه اتهام للمشتبه فيه بحسب فداحة الجرم وما يستتبع ذلك من عقوبة، كما يُعزى إلى القواعد المحلية المتعلقة بالإثبات والافتراضات، أو أوجه القصور التي تنسب إلى القاضي، مثل المحاباة أو الضغوط السياسية^(١٥). وإذا كان الفعل الأساسي يشكل انتهاكاً للقانون المدني أو الإداري، فإن أي إخفاق في توفير سبل انتصاف فعالة يمكن أن

يُعزى إلى القانون المحلي أو إلى القاضي. وهنالك أيضاً إمكانية أن يكون النظام القانوني المحلي لا يتيح ببساطة أي وسيلة للاعتراض على الفعل أو الإغفال المعنيين، مما يشكل انتهاكاً للالتزام المتمثل في توفير سبل انتصاف فعالة. والجدير بالذكر أن في الكثير من الولايات القضائية التي تكتسب فيها المعاهدة المصدّق عليها وضع القانون المحلي، كثيراً ما يُدعى أن القضاة لا يرغبون أو لا يستطيعون تطبيق الالتزامات الدولية في مجال حقوق الإنسان في القضايا المعروضة عليهم. وتوحي الدلائل المتداولة أن ذلك لا ينطبق فقط على المعاهدات المتعلقة بحقوق الإنسان. وإذا كان ذلك صحيحاً، فإنه يوحي بوجود قصور خطير وواسع الانتشار في مجال التثقيف القضائي. والقضاة يحتاجون إلى تدريب على القانون الدولي لكي يتمكنوا من تنفيذ الأحكام القضائية المحلية المتضمنة عادة في القانون الدستوري الذي يقتضي معاملة المعاهدات المصدّق عليها بنفس طريقة التعامل مع القانون المحلي^(١٦).

رابعاً - تحديد أسباب عدم توفير سبل انتصاف محلية

١٩- عندما تقدم المنظمات غير الحكومية معلومات لآلية من آليات حقوق الإنسان، فسيكون من المفيد، حيثما أمكن، تقديم أدلة مفصلة بشأن الكيفية التي اتبعتها أو يتبناها النظام القانوني المحلي في معالجة هذه المسألة. وقد يتضمن ذلك في بعض الحالات محاولة هذا النظام استخدام وسائل انتصاف تعتقد المنظمات غير الحكومية عدم فعاليتها. ولإثبات عدم فعاليتها من الضروري تقديم أدلة^(١٧). وهذا الاقتراح يؤثر على عمل المنظمات غير الحكومية المحلية والدولية على حد سواء.

٢٠- وعندما يكون بإمكان آلية حقوق الإنسان الدخول في حوار مع الدولة، فإن السعي للحصول على معلومات تتعلق بفعالية عمل نظام الانتصاف المحلي يمكن أن يتضمن طرح أسئلة عن عدد المحاكمات، والمحاکمات الناجحة، ونطاق العقوبات التي صدرت، كما يتضمن أسئلة حول محدودية عدد المحاكمات وأسباب ذلك.

٢١- وفي حالة الشكاوى الفردية، يمكن لهيئة المعاهدات النظر ليس فقط في الشكاوى الرئيسية بل أيضاً النظر بصورة منهجية في الأسباب التي أدت إلى فشل النظام المحلي في توفير سبل الانتصاف. ومن أجل تحقيق ذلك، قد تحتاج إما إلى دمج الحق في الانتصاف الفعال في كل حق رئيسي، أو إثارة المسألة بصورة تلقائية. ويقع على عاتق الدولة التزام صريح أو ضمني بالتعاون مع هيئة المعاهدات^(١٨). وعلى هذا الأساس، يمكن لهيئة المعاهدات أن تطلب الحصول على نسخة من ملف التحقيق والوثائق الأخرى التي تتعلق ليس فقط بالانتهاك الرئيسي المزعوم بل أيضاً بدراسة المسألة على المستوى المحلي. وعدم تقديم هذا الملف يمكن أن يشكل دليلاً ظاهر الوجهة على عدم القيام عمداً وعن علم بتوفير سبل الانتصاف. وعندما تُعزى أوجه القصور المحلية إلى عدم التدريب أو الافتقار إلى الموارد، لا يبدو أن هنالك سبباً يجعل الدولة ترفض تقديم نسخة من الملف. وقد يُدعى في عدد محدود من الحالات أن تقديم الملف سيعرض الأمن الوطني للخطر. ويعود إلى هيئة الرصد تحديد ما إذا كان ذلك صحيحاً بالفعل، وإيجاد وسيلة لاحتواء المشكلة.

خامساً - صعوبات محددة في حالات الأزمات

٢٢- عندما يُدعى وقوع انتهاكات واسعة النطاق أو منهجية، فإنه كثيراً ما توجد عوامل أخرى. وقد تكون الدولة في حالة مرور بأزمة لا صلة لها بالانتهاكات المزعومة لحقوق الإنسان التي يُدعى أنها تصاحب تلك الأزمة.

وإذا كانت الدولة تشهد حالة من العنف السياسي المنظم مثلاً، فإن هذا الأمر سوف يفرض ضغوطاً إضافية على النظام القانوني. وقد تتعرض قوات الأمن سواء كانت من قوات الدرك أو الشرطة أو الجيش للهجوم. وإذا كانت الجهة التي تمارس العنف هي مجموعة تمثل أو تدعي أنها تمثل جماعة قومية أو إثنية محددة، فإن قوات الأمن قد تنظر إلى جميع أفراد تلك الجماعة على أنهم قد يكونوا من المتعاطفين مع تلك الجهة. وبالإضافة إلى زيادة احتمال وقوع انتهاكات حقوق إنسان ضد تلك الجماعات، فإن أي شكاوى تالية قد لا تحمل على محمل الجد. وعندما يطلب المدعي من قوات الشرطة/الدرك التحقيق في إدعاء ما فإنها قد لا تقوم بذلك بنفس الفعالية التي تحقق بها في الهجمات الموجهة ضدها هي. كما أنها قد تجد صعوبات فعلية في إجراء تحقيقات في وضع يمكن أن تتعرض فيه للهجوم من أي جهة من الجهات، وقد تتستر على أفعال الزملاء. وتبدو هذه المشكلة شائعة داخل بعض الفئات المهنية مثل الشرطة/الدرك أو الجنود، ولا يقتصر ذلك على حالات الأزمات. ويعتمد المدعي الذي يعمل في مثل هذه الأوضاع الخطرة على رجال الشرطة/الدرك لتأمين سلامته. ومن شأن ذلك التأثير على فعالية تحمله لمسؤولياته عندما تقدم ادعاءات ضد هؤلاء المسؤولين أنفسهم.

٢٣- ويثير هذا الأمر معضلة واضحة على شاكلة معضلة البيضة والدجاجة بين وقوع الانتهاكات الفاضحة وفشل نظام سبل الانتصاف المحلية. وفي واقع الأمر لا يجب أن يؤدي ذلك إلى حلقة مفرغة. ويمكن للمدعين والقضاة المساهمة بشكل كبير في تخفيض معدلات حدوث الانتهاكات وتضييق نطاق النزاع، شريطة أن ينهضوا بمسؤولياتهم باستقلالية وبصورة شاملة على النحو المفترض أن يفعلوه. وسيؤدي ذلك، على المدى القصير، إلى جعلهم غير مقبولين لدى قوات الشرطة والمؤسسة الرسمية، ولكن سوف يُعترف في الأجل الطويل بمدى أهمية تصرفهم على ذلك النحو. والدول التي تعاملت بنجاح مع مشكلة العنف السياسي المنظم قد مرت عموماً بنفس هذه المشكلة. وكان الوضع يتفاقم أكثر عندما تعجز المؤسسة القضائية عن الاضطلاع بمسؤولياتها. واستعداد السكان بعض الثقة في الحصول على الإنصاف عندما بدأ المدعون والقضاة يتصرفون باستقلالية. وبينما يتصرف موظفو الدولة بنفس الطريقة التي يتصرف بها المقاتلون، ولكن عادة بفرصة كبيرة لإلحاق ضرر أكبر، قد يمتنع عامة السكان عن مساعدة الدولة على التصدي للعنف السياسي المنظم. ولن يتعاون هؤلاء مع مؤسسات الدولة إلا إذا استعادوا الثقة في عدالتها واستقلالها ونزاهتها. وبمعنى آخر، من المهم على وجه الخصوص أن يتصرف القضاة والمدعون باستقلالية في حالات الأزمات عندما يكون القيام بذلك أكثر صعوبة.

٢٤- ومن العسير حتى على أفضل قوات الأمن والمؤسسات القضائية أن تؤدي عملها بصورة حسنة في حالات الأزمات. وحظوظها في القيام بذلك لا تذكر إذا كانت لا تعمل بطريقة حسنة في الظروف العادية.

سادساً - الخلاصة

٢٥- إن عدم تنفيذ الحق في الانتصاف يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالإفلات من العقاب وبحدوث الانتهاكات بصورة منهجية أو واسعة الانتشار. وسبل الانتصاف الفعالة قد تردع عن انتهاك حقوق الإنسان. كما أن توفير سبل انتصاف محلية فعالة هو شرط مسبق لكفالة قيام التمحيص الدولي بدوره المساعد. وعلى هذا

الأساس، ينبغي النظر إلى توفير سبل الانتصاف هذه على أنها حق يتمتع بأهمية أكبر خلافاً لما هو معتاد، ويتعين على أي آلية تعالج انتهاكات حقوق الإنسان أن تتناول هذه المسألة بصورة منهجية.

٢٦- وقد يكون من الممكن تحليل الفقه القانوني لهيئات حقوق الإنسان فيما يتعلق بمضمون الحق في الانتصاف. وغالبية الحالات المتناولة في الفقه القانوني لهذه الهيئات مصدرها السوابق القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، ولكن توجد سوابق قضائية ذات صلة مستمدة من هيئات أخرى. ولا بد لأي تحليل من هذا النوع أن ينحصر في مضمون هذا الحق. ويتباين تطبيقه في كل حالة من حالات النظام القضائي على حدة، وليس من العملي إجراء دراسة عن تطبيقه من الناحية العملية. ويمكن لهيئات حقوق الإنسان تقديم تحليل لتلك المعلومات في نهاية الأمر، إذا شرعت في دراسة المسألة بصورة منهجية.

٢٧- وقد يرغب فريق الدورة العامل المعني بإقامة العدل واللجنة الفرعية بأكملها الحصول على ورقة عمل موسعة عن الفقه القانوني لهيئات حقوق الإنسان فيما يتعلق بالحق في الانتصاف. وللتوصل إلى هذا القرار، قد تود اللجنة الفرعية معرفة ما إذا كانت هيئات المعاهدات والإجراءات الخاصة ترى أن ورقة العمل المطوّلة هذه مفيدة.

Notes

¹ Human Rights Committee, general comment No. 31 (2004), nature of the general legal obligation on States parties, para. 7.

² Ibid., para. 8.

³ Ibid., paras. 15-20. See also article 2, paragraph 3, of the International Covenant on Civil and Political Rights; article 6 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; article 14 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment; article 39 of the Convention on the Rights of the Child; article 83 of the International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families; article 7 of the African Charter on Human and Peoples' Rights; article 25 of the American Convention on Human Rights (Pact of San José); and article 13 of the European Convention on Human Rights. On 20 April 2005, the Commission on Human Rights adopted the Basic principles and guidelines on the right to a remedy and reparation for victims of gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law, annexed to resolution 2005/35s and recommended their adoption by the Economic and Social Council and the General Assembly.

⁴ These remedies are provided for in paragraphs 2 and 3 of the Basic Principles; the more detailed provisions only relate to remedies in relation to gross violations of human rights law rather than to any violation of human rights law; however, they clearly offer useful guidance.

⁵ See, generally, the Set of Principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1); Commission resolution 1998/53; the independent study on impunity (E/CN.4/2004/88), and the report of the independent expert to update the Set of

Principles to combat impunity (E/CN.4/2005/102 and Add.1). Principle 1 of the Updated Set of Principles states that “Impunity arises from a failure by States to meet their obligations to investigate violations; to take appropriate measures in respect of the perpetrators, particularly in the area of justice, by ensuring that those suspected of criminal responsibility are prosecuted, tried and duly punished; to provide victims with effective remedies and to ensure that they receive reparation for the injuries suffered; to ensure the inalienable right to know the truth about violations; and to take other necessary steps to prevent a recurrence of violations.” The Updated Set of Principles were endorsed by the Commission in resolution 2005/81. Human rights defenders are particularly vulnerable to the failure to provide effective domestic remedies; see Commission resolution 2005/67 on human rights defenders, especially paragraphs 7 and 8, and document E/CN.4/2005/101.

⁶ On the subsidiary nature of international scrutiny, see e.g. *Handyside v. UK*, ECHR, 5493/72, judgement of 7 December 1976, paras. 48-49.

⁷ *Akdivar and Others v. Turkey*, ECHR, 21893/93, judgement of 16 September 1996, paras. 55-77; in the oral hearing before the Court, a representative of the Government suggested that for the Court to accept the case would make it the court of first instance for south-east Turkey.

⁸ See general comment No. 31, paras. 15-20; and Principle 19 of the Updated Set of Principles on impunity. In recent years, the European Court of Human Rights has developed a significant body of case law on what is meant by the right to an effective remedy, most notably clarifying the characteristics of an effective investigation and the scope of the need to involve the victim in the process.

⁹ The Human Rights Committee often identifies the measures necessary to prevent a repetition of the violation (general comment No. 31, para. 17). This is not the same thing as a formal examination of the violation of the right to an effective domestic remedy.

¹⁰ In its resolution 2005/81, the Commission invited the special rapporteurs and other mechanisms of the Commission “to continue to give due consideration to the issue of impunity and to the updated Principles in the discharge of their mandates” (para. 23).

¹¹ General comment No. 31, para. 8.

¹² See Commission resolution 2005/81, para. 24.

¹³ Commission Resolution on Human Rights and Forensic Science, E/CN.4/RES/2005/26.

¹⁴ This is a structural problem present in most jurisdictions.

¹⁵ The need for a genuinely independent procuracy and judiciary and the need for integrity in the judicial process has been repeatedly emphasized in Commission resolutions (see 2005/30 and 2005/33) and by the Special Rapporteur on the independence of judges and lawyers (E/CN.4/2005/60).

¹⁶ This will not be of assistance where there is an actual conflict between national law and the treaty obligation, but might be significant where there is no such conflict but domestic law simply does not provide for ways of challenging the act or decision.

¹⁷ There is a relationship between the admissibility requirement of exhaustion of domestic remedies and the substantive right to an effective domestic remedy. There is no obligation to exhaust ineffective remedies, which includes those that are unduly protracted. Where the Government asserts that domestic remedies exist and are effective, it is necessary for the applicant to establish their ineffectiveness. There is a substantial body of case law on the application of this rule in the context of human rights proceedings.

¹⁸ See, for example, article 41, paragraph 1 (*f*) of the International Covenant on Civil and Political Rights, and article 4, paragraph 2, of its first Optional Protocol. There is a much clearer obligation to cooperate in the case of human rights treaties, which envisage the possibility of fact-finding hearings; see for example the European Convention on Human Rights, amended by Protocol 11, article 38, paragraph 1 (a); and the American Convention on Human Rights, article 48, paragraph 1.

- - - - -